

Por último, el Capítulo séptimo, lo realiza María ROCA examinando «El Derecho público y Derecho privado en el ordenamiento canónico. Nuevas manifestaciones de un viejo problema». Propone la autora que tras la tendencia expansiva de control que tiene el poder, a fines del siglo XX y comienzos del presente se ha producido una huida del poder público hacia formas de Derecho privado. La autora manifiesta que en el ordenamiento de la Iglesia Católica hay una prevalencia del Derecho Público sobre el Privado, este sí existe. El adecuado equilibrio entre ambos es un modo de expresar el ejercicio de la *potestas sacra* como un servicio a los fieles y también para facilitar la asunción de responsabilidades de la comunidad eclesial (fieles individuales o asociados, pastores, laicos). Así las asociaciones públicas deben asumir su responsabilidad y atribuirse a cada individuo sus propias actuaciones. Su manifestación más concreta se produce en el ámbito penal donde debe garantizarse la protección de las víctimas o personas lesionadas, y garantizar la discrecionalidad del Ordinario y del Juez.

Tras esta esquemática visión y exposición de la obra, podemos señalar que resulta muy interesante el examen de las conexiones existentes entre Derecho Público y Derecho Privado, desde los diferentes ámbitos y perspectivas analizados por cada especialista en materias tan dispares consiguiéndose mostrar una panorámica general de conjunto muy útil, no solo desde el punto de vista dogmático, sino también poniendo de manifiesto los problemas reales que se presentan en la práctica.

Como se puede deducir, estamos ante una obra que no solo trata diferentes ramas de nuestro ordenamiento jurídico, sino que lo hace desde distintos puntos de vista. Obra que ha cubierto un vacío precisamente por los límites transfronterizos que trata, para lo cual se ha aunado el saber y el esfuerzo de expertos, investigadores consolidados en cada una de las materias tratadas donde se expone que los límites entre Derecho público y Derecho privado no es muy clara. La privatización de instituciones que hasta ahora se consideraban de orden público, como la intervención del poder público en la esfera privada hacen reflexionar al lector.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier-MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus» (Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura)*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, 342 pp.

por

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

A poco que nos fijemos bien, los juristas teóricos o académicos hacemos, con nuestro análisis de las normas (y de su interpretación y aplicación a la realidad), historia del presente —o, si prefiere, como tributo al origen francés del término, historia del tiempo presente (*histoire du temps présent*)—. Como se sabe, este modelo historiográfico, cuyos antecedentes hay que localizarlos en la década de los setenta, formaría parte de la continua renovación producida en este campo, al menos desde el siglo XIX en adelante. Como señaló Julio ARÓSTEGUI, uno

de sus mejores estudiosos entre nosotros (*La historia vivida. Sobre la historia del presente*, Alianza Editorial, Madrid, 2004), junto con otros movimientos o propuestas historiográficas (la historia sociocultural, la microhistoria, la historia oral, la de la vida cotidiana o la de las relaciones de género, por citar algunos de los más conocidos), constituirían, todos ellos, la respuesta a los evidentes cambios producidos en la cultura, la mentalidad y la percepción histórica. En definitiva, nuevos modos de afrontar la realidad social, no solo la del pasado sino también —y he aquí la novedad— la del presente. Un tiempo presente que se hace así, a partir de su contemporaneidad, objeto del relato histórico y que necesariamente propicia la intersección entre este y otras disciplinas (el Derecho entre ellas) que se ocupan también de dicho tiempo. Por eso, como decimos, no nos parece exagerado afirmar que los juristas académicos ejercemos, en nuestros trabajos y en nuestros escritos, como historiadores del presente.

En unas ocasiones, esta percepción del jurista como historiador del tiempo presente puede ser más evidente, más palmaria, que en otras. Apreciarlo esta componente o dimensión histórica en *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»* (*Tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la figura*) y en el tratamiento que otorgan sus autores a la cuestión es bastante sencillo. El Profesor (y ahora también Magistrado de la Sala primera del Tribunal Supremo) Francisco Javier ORDUÑA MORENO y la Profesora Luz María MARTÍNEZ VELENCOSO toman en consideración un mecanismo clásico —una *figura* como repite, un tanto insistentemente, el primero de ellos y se recoge en el subtítulo de la obra— del Derecho de contratos en España, pensado, como se sabe, para situaciones (patológicas) en las que pueden incurrir determinados contratos (duraderos o de tracto sucesivo), derivadas de unas concretas circunstancias (una excesiva y sobrevenida onerosidad de la prestación debida por uno de los contratantes). Así, en esta obra la cláusula «*rebus sic stantibus*» se analiza *históricamente*, no en el pasado, sino en un presente, marcado ineluctablemente por la crisis económica. Y es que cuando pase esta, la historia (contemporánea, si se quiere) de este mecanismo estará ya contada, entre otros, por el libro que reseñamos.

Pero igualmente por esta inevitable vinculación con la crisis, de *La moderna configuración de la cláusula «rebus sic stantibus»*... hay que afirmar que se trata también de un libro oportuno (que no oportunista). La crisis, ya se sabe (se ha convertido en un lugar común afirmarlo), está dando ocasión a muchas oportunidades. En este sentido, con modestia y en su exacta dimensión, puede afirmarse que la cláusula «*rebus sic stantibus*» está viviendo su enésima oportunidad. Cuando tengamos cierta perspectiva y distanciamiento, no solo temporal —hay que pedir excusa por valernos de esta vulgaridad historiográfica—, podrán analizarse con solvencia las repercusiones que sobre el Derecho en general está teniendo la crisis económica —esta crisis económica—. Como ya hemos señalado en otro lugar (*La giurisprudenza (al salvataggio) della crisi: Sentenza del Tribunale Supremo, 9 maggio 2013, sulle clausole abusive nei contratti di mutuo ipotecario con interesse variabile*, Anuario del Contratto 2013, diretto da Andrea D'ANGELO and Vincenzo ROPPO, G. GIAPPICHELLI, Editore, Torino, 2014; pp. 297-308), quizá será una buena ocasión de recuperar, para dicho análisis, la metodología y el modo de proceder con que algunos maestros italianos de principios del XX (VASSALLI o FERRARA), se ocuparon de la influencia de la Gran Guerra sobre el ordenamiento jurídico, un planteamiento original recordado de nuevo recientemente por Paolo GROSSI (véase *Propiedad: otras perspectivas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp. 25-28). Y es que como era previsible, la influencia de la crisis ha sido —está siendo— bastante evidente

sobre nuestro Derecho positivo y singularmente sobre nuestro Derecho privado, especialmente a través de la promulgación de nuevas disposiciones, dirigidas a paliar las consecuencias directas e indirectas de esta (en este sentido, el Gobierno ha tratado de aliviar, por ejemplo, los efectos derivados del incumplimiento de los préstamos hipotecarios, con especial atención a los procedimientos de ejecución que conllevan la privación de la vivienda; en concreto, a este propósito responderían los sucesivos Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios, y Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, normas ambas que habrían tenido su continuidad en la posterior Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; y modificadas todas por el reciente Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social).

Pero la influencia de la crisis también está siendo especialmente acusada en la aplicación judicial del Derecho. Son numerosas las actuaciones de jueces y magistrados, de todos los niveles y de todos los órdenes jurisdiccionales, que vienen determinadas u originadas de manera mediata por la misma. Desahucios (principalmente, aunque no solo, por falta de pago de los préstamos hipotecarios), algunas prácticas bancarias abusivas, casos de corrupción, privatizaciones de servicios públicos u otras consecuencias jurídicas de los famosos «recortes», serían materias objeto de muchas actuaciones judiciales por toda la geografía española. Ello explica la extensión de una percepción social muy favorable de los jueces, vistos como último recurso, como último bastión frente a una crisis que todo lo arrasa. Una percepción muchas veces traducida en una dicotomía entre una ley insensible a los problemas sociales y un juez asequible a estos. Al igual que era previsible esa promulgación de normas contra los efectos de la crisis, a la que nos hemos referido, también lo era esta actuación de los jueces, que está resultando, conviene no engañarse, muchas veces relativamente eficaz. Y es que en muchos casos se trata de actuaciones más bien *justicieras*, despegadas peligrosamente de la ley, a la que, conviene no olvidarlo, se deben en primer lugar los jueces. En bastantes de estos procedimientos judiciales, pertinentemente jaleados por los medios, como sucede en tantas ocasiones, es más el ruido que las nueces (aunque hay, debe reseñarse, alguna notoria excepción, de bastante trascendencia, como la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, sobre la aplicación en España, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores).

Igualmente, en esta línea, puede afirmarse que hay una repercusión judicial de la crisis de *arte mayor*, en resoluciones destinadas a tener una mayor repercusión (por el órgano precisamente que las dicta). Esta influencia de la crisis económica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es muy evidente en alguna sentencia concreta —sería el caso de la conocida (y extensísima) sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, sobre cláusulas abusivas en contratos de préstamo hipotecario con interés variable—, así como en grupos de asuntos que conllevan el uso de mecanismos especialmente adaptados a este tipo de situaciones extremas o extraordinarias: entre ellos, de forma destacada, se encontraría la cláusula «*rebus sic stantibus*». De esto justamente, de su uso actual, en el presente, es de lo que nos da cuenta este libro.

A pesar de que el libro viene motivado por la crisis y que tiene en esta su causa inmediata, los autores dejan claro, desde la introducción, su propósito de

que esta reformulación actual de la cláusula «*rebus sic stantibus*» que proponen busca procurar la eficacia y la operatividad de esta, más allá del contexto o de los escenarios de la crisis. Es indudable que la situación económica en la que nos hallamos inmersos está ocasionando graves problemas con relación al cumplimiento de los contratos. Es en este ambiente, en el que la cláusula (o sus equivalentes en otros países) aparece como un mecanismo precioso en manos de los contratantes, no apto, como bien señalan los autores, para rectificar «malos negocios», o para subsanar errores comerciales o financieros, sino para corregir, en la medida en que sea posible, un desequilibrio contractual cuyo hecho desencadenante sea extraordinario, imprevisto o insuperable. Es obvio que la grave y sostenida crisis que vivimos desde hace varios años ha producido hechos de estas características con evidentes repercusiones en el cumplimiento de muchos contratos. A pesar de esta vinculación de la cláusula «*rebus...*» a la crisis, la tesis de los autores, como decimos, es la de plantear que esta (con independencia de que la crisis haya supuesto su redescubrimiento y su potenciación) tiene su propia entidad y operatividad (en este sentido, MARTÍNEZ VELENCOSO recoge el planteamiento de SÁNCHEZ GONZÁLEZ y COSSÍO MARTÍNEZ, cuando reconocían y destacaban las posibilidades «reales» de esta cláusula más allá «de las grandes crisis económicas que lleven consigo devaluaciones monetarias» y su entendimiento como «condición implícita en todo contrato»). Sin duda, esta consideración de la cláusula «*rebus...*», más allá de la crisis económica, como sucede ahora, o de otras circunstancias generales extraordinarias, es lo que nos parece más interesante y aprovechable de esta monografía (con independencia de compartir o no sus conclusiones finales a este respecto).

La composición del libro que parece clara, deviene y resulta finalmente (por su último capítulo) algo extraña. Es una obra de dos autores, que consta de cinco capítulos, los cuatro primeros de la Profesora MARTÍNEZ VELENCOSO y el último del Profesor (y Magistrado) ORDUÑA MORENO, en el que quedan cada uno de estos perfectamente atribuidos (cosas de la ANECA y de los sexenios hay que pensar) y, esto es lo malo, un tanto superpuesto y reiterativo este último capítulo respecto de los anteriores (aunque ello no desmerece el nivel más que notable que alcanza el texto en su conjunto).

Una de las características generales de la obra (al menos de los cuatro primeros capítulos) es la importancia que se concede al Derecho comparado. En este sentido, puede afirmarse que se trata de un libro de Derecho comparado, de *buen* Derecho comparado. Este se encuentra presente a lo largo de todo la obra, si bien el capítulo I está dedicado expresamente a exponer las soluciones que al problema en cuestión —los efectos que opera sobre el contrato una excesiva (y no prevista) onerosidad sobrevenida y cómo pueden restañarse— ofrecen distintos ordenamientos y aquellos que denomina «textos internacionales». El recorrido es realmente interesante y completo: la «*Geschäftsgrundlage*» en el Derecho alemán (elaborada por la doctrina —Oertmann y Larenz, principalmente— y finalmente acogida en el § 313 BGB tras la reforma de su Derecho de obligaciones en 2002), la «*eccessiva onerosità sopravvenuta*» de los artículos 1467 y sigs. del Codice civile italiano, los artículos 6:258 y 6:260 del Código Civil holandés de 1992, su tratamiento jurisprudencial en el Derecho suizo, la «*frustration of contract*» en el Derecho anglosajón y la «*commercial impracticability*» en el americano, su plasmación en diversos Códigos civiles iberoamericanos (a partir de la segunda mitad del siglo XX), para concluir con su tratamiento en los Principios UNIDROIT, en los PECL, en el DCFR y por último en el Reglamento sobre Compraventa Europea (CESL).

Los siguientes capítulos (II a IV) están dedicados al tratamiento que la cuestión recibe en el Derecho español, esto es, la cláusula «*rebus...*». El recorrido que propone la autora es bastante lógico y completo (y por tanto inobjetable): primero se aborda el fundamento de este mecanismo (en su opinión, a compartir, la buena fe *ex art. 1258 CC*); a continuación los presupuestos que han de concurrir para su aplicación (capítulo II), para centrarse con extensión en el principal de estos: la excesiva onerosidad sobrevenida (tratada de modo específico y extenso en el capítulo III), finalizando con las consecuencias o efectos de su apreciación (capítulo IV). En todos los capítulos (en especial en el II y en el III) hay un despliegue importante, como ya se ha apuntado, de Derecho comparado, siempre al hilo de problemas y soluciones concretos. Y en todos ellos hay también una referencia constante y abundante a la jurisprudencia, especialmente importante en un mecanismo que no deja de ser en España una creación judicial.

Justamente, esta abundancia de referencias jurisprudenciales —que se recogen finalmente además en un útil índice analítico— es lo que hace, si cabe, más extravagante (por reiterativo) el último capítulo del libro, el V. Su contenido, en buena medida, repite bastante de lo desarrollado amplia y detalladamente en los cuatro primeros capítulos. Con todo, lo más interesante es la lectura actualizada de la cláusula «*rebus...*» que ofrece el autor. En su opinión, esta se encontraría en trance de perder su carácter excepcional y restrictivo, en cuanto a su aplicación, por haberse considerado siempre peligrosa para la seguridad de los contratos, para el *pacta sunt servanda*. Aunque no sabemos muy bien que quiere decir con eso de una «regulación progresiva», es evidente y destacable que ha sido objeto ya de reconocimiento expreso —no estrictamente la cláusula sino sus equivalentes— en varios ordenamientos (incluido el Anteproyecto español de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos de 2009). En definitiva, plantea una *normalización* de la figura, aplicable no como algo extraordinario y subsidiario y a incluir, como uno más, entre el catálogo de remedios con los que resolver las patologías contractuales (concretamente la de la excesiva onerosidad sobrevenida del contrato). El empeño del autor parece ser desligar a toda costa la cláusula de las circunstancias excepcionales en la que la misma se desenvuelve habitualmente, insistiendo en que la *normal* aplicación de la figura no debe tener más obstáculos que los presupuestos y requisitos específicos que le resulten exigibles. Esta apreciación, sin embargo, se nos antoja un tanto confusa, pues parece equiparar el requisito de la onerosidad sobrevenida, que tiene de suyo un carácter excepcional en el desenvolvimiento del contrato duradero, con el hecho de que esto ocurra coincidiendo con un ambiente o unas circunstancias excepcionales (crisis económica, guerra, etc.). Dicho de otro modo: la cláusula «*rebus...*» se aplicará siempre que se den circunstancias excepcionales o extraordinarias que hagan del contrato algo excesivamente gravoso para una de sus partes, con independencia de que ello coincida o no con unas circunstancias generales o ambientales que propicien o expliquen dicha situación (cfr. art. 1213 Anteproyecto de Modernización de 2009). Esto, que la cláusula puede operar con independencia de que se den o no estas circunstancias históricas concretas, es lo que nos parece que quiere decir ORDUÑA, aunque, como pensamos, no quede del todo claro.

Cuando pase la actual crisis económica, con seguridad, la percepción de la cláusula «*rebus...*» y de su posible aplicación a los contratos de tracto sucesivo no será la misma que se conocía antes de que ingresáramos en ella. Y es que son muchas las cosas que esta crisis ha cambiado y que todavía va a cambiar.

Su uso abundante, como revela la numerosa jurisprudencia que está generando y los muchos estudios que al hilo de esta se publican, como el libro del que nos hemos ocupado, contribuirán sin duda a que esta evolución se produzca. De lo que no estamos tan seguros es que la cláusula «*rebus...*» resultante de este proceso quede *normalizada* y pierda su carácter excepcional, algo que en algún momento parece preconizarse en esta monografía.

ESTRUCH ESTRUCH, Jesús. *La responsabilidad civil del Registrador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2014.

por

MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Tras unos años en los que el prof. Jesús ESTRUCH ESTRUCH ha centrado su investigación básicamente en cuestiones relacionadas con la compraventa de vivienda (*Las garantías de las cantidades anticipadas en la compra de vivienda en construcción*, Civitas, 2009; *Las responsabilidades en la construcción: regímenes jurídicos y jurisprudencia*, Civitas, 2011), el Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia ha publicado en el año 2014 el libro titulado *La responsabilidad civil del Registrador*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Como el propio autor destaca, a pesar de la importancia de la regulación de la responsabilidad civil del Registrador y de su dilatada vigencia temporal, es esta la primera obra que de manera monográfica se ocupa de esta materia. Este simple dato la convierte en una obra imprescindible.

El libro, que se divide en doce capítulos, analiza la responsabilidad civil del Registrador, y lo hace partiendo de su doble condición de funcionario público y profesional del Derecho (art. 274 LH y Preámbulo del RD 483/1997, de 14 de abril, que aprueba los Estatutos del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), circunstancia esta que va a influir decisivamente en el régimen de la responsabilidad civil de estos profesionales.

En el primer capítulo se examina la regulación normativa de la responsabilidad civil del Registrador. Destaca el autor el hecho de que desde la publicación de la Ley Hipotecaria en 1861 existe un grupo de preceptos dedicados a regular la responsabilidad civil del Registrador. En la actualidad, son los artículos 296 a 312 LH los que se ocupan de esta cuestión. Por lo tanto, el legislador, desde los orígenes de la Ley Hipotecaria, ha contemplado la responsabilidad civil del Registrador como un tipo especial de responsabilidad, a la que le es de aplicación una normativa específica. De igual modo, en este primer capítulo se analiza la consideración del Registrador como funcionario público y, al tiempo, profesional del Derecho, esto es, como profesional que ejerce privadamente funciones públicas, lo que va a conllevar, en principio, la responsabilidad extracontractual y personal del Registrador por los daños que se generen por su indebido actuar profesional y no la responsabilidad de la Administración Pública por el funcionamiento normal o anormal del servicio público que constituye el Registro.